

环境公益诉讼被告的局限及其克服

张忠民

内容提要:环境公益诉讼在世界范围内都一直是理论与实践的焦点,在很大程度上,美国、中国等国的环境公益诉讼的症结都在于被告,而非惯常所认为的原告及其起诉资格。中国环境公益诉讼的核心更在于“谁”应当是被告,因为通常是由于被告存在侵害行为,才使得原告发动诉讼,而被告的举证能力和责任能力则决定了案件的走向和最终结果。通过检视新《环境保护法》等法律实施一年来的案件,不难发现,环境公益诉讼的被告存在若干局限,其直接表现在地域、类型、身份构成和其他当事人的情况等方面,间接表现在权利主张和事实主张、举证责任分配、责任承担方式和结案情况等方面。对此,应通过解释论和立法论的双重路径予以克服,前者以诉讼当事人为中心,包括拓展原告的范围、明确支持起诉人的地位和审视检察院试点等内容;后者以法院为中心,包括妥善分配举证责任、科学判断因果关系和创新责任承担方式等内容。

关键词:环境公益诉讼 被告 实证 解释论 立法论

张忠民,中南财经政法大学法学院副教授。

一 问题的提出

公益诉讼,尤其是环境公益诉讼,是国内法学界一大研究热点,成果颇丰。^[1] 大多数的研究主要集中在国外公益诉讼的推介以及国内环境公益诉讼的界定、功能、原告资格认定等方面,^[2] 尽管不乏远见卓识,但却存在大量的重复。^[3] 必须承认,从社会发展、公民权利觉醒等角度来说,我国公益诉讼的产生具有历史必然性,但就现代社会环境公益诉讼的制度构建而言,美国法无疑是重要蓝本,近些年的诸多研究和实践也都在围绕和强调对

[1] 仅以“中国知网”为例,截至2016年8月1日,直接以“公益诉讼”或“环境公益诉讼”为标题的成果就分别达6478篇和1945篇,其中硕士博士论文分别有980篇和271篇。

[2] 参见张忠民:《论环境公益诉讼的审判对象》,《法律科学》2015年第4期,第115-122页。

[3] 参见侯佳儒:《环境公益诉讼的美国蓝本与中国借鉴》,《交大法学》2015年第4期,第39-51页。

美国公益诉讼经验的引介与借鉴。^{〔4〕} 不过有所不同的是,美国法的关切点似乎主要集中在“谁”可以成为环境公益诉讼的原告;而中国虽亦关切原告,但被告似乎更具本土特色,尤其是当持续观察中国环境公益诉讼的若干实践后,不难发现,环境公益诉讼的典型“中国问题”反倒是“谁”会成为被告。缘何如此?需要做一番深入的研究和比对。

在美国,“公益诉讼”(public interest litigation)并不是实定法上的概念,而是学理概念。此概念包含三个要素,即“公益诉讼=公益+诉讼+诉讼目的或功能”,而“诉讼目的或功能”则是界定公益诉讼的关键,鲜有直接以“环境公益诉讼”(environmental public interest litigation/public interest environmental litigation)为题的研究成果。^{〔5〕} 故而,在美国,若提起所谓的公益诉讼,则大多根据实定法上所规定的集团诉讼(class actions)、总检察长诉讼(attorney general claims)、公民诉讼(citizen suits)等形式予以主张。^{〔6〕} 在环境保护领域,公民诉讼是制度的绝对亮点,因为其将有权起诉的主体以实定法的形式延展到普通的公民之上,于是可以更好地发挥环境诉讼的预防作用。公民诉讼的规定主要体现在1970年《清洁空气法》(Clean Air Act)的第304(a)和1972年《清洁水法》(Clean Water Act)的第505(b),1972年《海洋倾废法》、1973年《濒危物种法》、1974年《安全饮用水法》和1976年《资源保全与恢复法》等也有相关规定,^{〔7〕} 其经典的表述是“any person may commence a civil action on his own behalf”,因此,如何判断“谁”是“任何人”(any person)?也即如何确定“谁”是适格主体则是问题的关键。

在中国,公益诉讼和环境公益诉讼既是学理概念又是实定法的概念。从实定法的角度而言,主要涉及如下法律文本:2012年8月修正的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民诉法》)第55条首次从法律的层面规定环境公益诉讼制度;2014年6月修订的《中华人民共和国环境保护法》(以下简称新《环保法》)第58条再次确立和强调了环境公益诉讼制度;2015年1月最高人民法院发布《关于审理环境民事公益诉讼适用法律若干问题的解释》(以下简称《环境民事公益诉讼司法解释》),细化了环境民事公益诉讼的相关规则;2015年7月最高人民检察院根据全国人大常委会的授权,作出《检察机关提起公益诉讼改革试点方案》(以下简称《试点方案》),决定在全国13个省、自治区和直辖市开展为期两年的公益诉讼试点。从这些规定上看,在原告主体资格的认定上,中国较美国更为严格,实定法目前只承认部分社会组织、检察机关和行政机关的原告资格,并未将其扩张到普通的公民之上;于是有论者主张对此应予以最大化的扩充,赋予普通公民个人以主体资格。^{〔8〕} 当然,这是完善公益诉讼的重要举措之一;然而,赋予普通公民主体资格无疑具有较大的实施难度,尤其是在当下可能会存在滥诉以及司法资源浪费等风险。

实际上,深入对比美国与中国,环境公益诉讼的研究大可不必纠缠于原告,“被告”反倒是一个绝佳的切入点。首先,被告的自身特点决定着案件的性质和原告的诉求指向;其

〔4〕 参见陈亮著:《环境公益诉讼研究》,法律出版社2015年版,第104-222页。

〔5〕 参见侯佳儒:《环境公益诉讼的美国蓝本与中国借鉴》,《交大法学》2015年第4期,第39-51页。

〔6〕 See Dru Stevenson & Sonny Eckhart, Standing As Channeling in the Administrative Age, 53 *Boston College Law Review* 1357, 1357-1416 (2012).

〔7〕 See James R. May, Now More Than Ever: Trends in Environmental Citizen Suits at 30, 10 *Widener Law Review*, 1, 1-47 (2003).

〔8〕 参见肖建国:《民事公益诉讼的基本模式研究》,《中国法学》2007年第5期,第129-146页。

次,被告的抗辩理由是针对原告的,决定着案件的脉络走向,尤其是在举证责任倒置的情况下,被告的抗辩理由理所当然地成为关键问题;再次,被告的妥协和配合程度决定了案件的处理方式;最后,被告的责任承担方式关乎案件的实际结果,也即原告诉讼目的的实现情况。事实上,与我国环境公益诉讼制度渊源颇深的美国公民诉讼和公法诉讼(public law litigation)、^[9]德国团体诉讼(class action)^[10]等,对被告都更为关切。以美国公民诉讼为例,其对原告主体资格的确定,看似是在讨论原告,实际上却是在讨论被告。详言之,公民诉讼中判断原告是否适格须具备三个要件,^[11]即已经遭受或即将马上遭受某种事实上的损害、^[12]损害可以合理地追溯到被诉行为^[13]和法院的判决可以救济该损害,^[14]而它们无不与被告密切相关,因为损害由被告行为所致、其加害行为可较为清晰的确定且可被法院的裁判所救济。需要特别强调的是,有论者在系统梳理和分析英美法系和大陆法系的典型诉讼后,认为我国环境公益诉讼有必要实现三个“转向”和“兼顾”:第一,从聚焦原告转向兼顾被告;第二,从聚焦环境民事诉讼转向兼顾环境行政诉讼;第三,从聚焦企业环境违法转向兼顾地方政府的怠政与环境违法。^[15]这种论断更进一步佐证了被告的“焦点”地位。

因此,从一定程度上说,在尚未确立环境公益诉讼之前,更有价值的研究是原告,因为原告资格等决定了案件是否可以“入门”;而当环境公益诉讼启动之后,更有价值的研究则是被告,因为被告的情况决定了案件是否可以“出门”。是故,选择环境公益诉讼的被告作为切入点,观察新《环保法》、《环境民事公益诉讼司法解释》、《试点方案》等实施以来的案件情况,描述和阐释被告的特质、主张、举证责任、责任承担方式等诸多要素,不仅可“窥一斑而见全豹”,而且可以从另类的视角观察惯常由原告所“左右”的环境公益诉讼。为了更易对比,本文选择2015年1月至2016年6月的时间段,观察其间所审结的相关案件,探究环境公益诉讼的进展究竟如何。

二 环境公益诉讼被告的定位

(一) 环境公益诉讼及其类型化

国外相关法律似乎并未对“环境公益诉讼”予以直接界定,其中要么是在公益诉讼中考虑到环境问题,^[16]要么是强调对环境利益的代表和维护。^[17]因此,若界定环境公益诉

[9] See Richard H. Fallon Jr., Of Justiciability, Remedies, and Public Law Litigation; Notes on the Jurisprudence of Lyons, 59 *New York University Law Review* 1, 1-75 (1984).

[10] See William B. Fisch, European Analogues to the Class Action: Group Action in France and Germany, 27 *American Journal of Comparative Law* 51, 51-79 (1979).

[11] See Robert V. Percival et al., *Environmental Regulation: Law, Science, and Policy*, Aspen Publishers, 2006, p. 985.

[12] See *Sierra Club v. Morton*, 402 U.S. 727, 733 (1972).

[13] See *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992).

[14] See *Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization*, 426 U.S. 26, 41-42 (1976).

[15] 侯佳儒:《环境公益诉讼的美国蓝本与中国借鉴》,《交大法学》2015年第4期,第39-51页。

[16] See Lavanya Rajamani, Public Interest Environmental Litigation in India: Exploring Issues of Access, Participation, Equity, Effectiveness and Sustainability, 19 *Journal of Environmental Law* 293, 293-321 (2007); Jona Razzaque, *Public Interest Environmental Litigation in India, Pakistan and Bangladesh*, Kluwer Law International, 2004, pp. 1-62.

[17] See David Nicholson, Environmental Litigation in Indonesia, 6 *Asia Pacific Journal of Environmental Law* 47, 47-78 (2001).

讼,主要是在中国的语境下,故而本文认为,环境公益诉讼是指原告并非出于维护自身的私益,而是基于环境公益的保护,针对侵犯环境公益的行为主体,向法院提起的救济环境公益的诉讼。

对于环境公益诉讼的类型化,学者多主张将其区分为环境民事公益诉讼和环境行政公益诉讼,也有论者主张在这两类普通的环境公益诉讼外尚存环境公诉,分别是由人民检察院提起的环境刑事公诉、环境民事公诉和环境行政公诉。^[18]《环境民事公益诉讼司法解释》和《试点方案》的相继出台似乎部分肯定了这种观点:其一,在《环境民事公益诉讼司法解释》中,最高人民法院鼓励和支持社会团体提起以污染者和破坏者为被告的环境民事公益诉讼,而并没有谈及针对环境管理者作为被告所提起的环境行政公益诉讼;其二,在《试点方案》中,最高人民检察院支持社会团体和检察机关分别提起环境民事公益诉讼和环境行政公诉(环境行政公益诉讼),其被告分别为污染者和破坏者以及环境管理者。

但深入来看,不宜对环境公益诉讼进行环境民事公益和环境行政公益的区分,尽管形式上被告似乎性质不同,但实际上诉讼标的并无差异——表面上看是原告和被告之间的争议,而其实质上则是原告所代表的普遍的环境公益与被告所体现的具体的环境私益之间的争争。^[19]况且必须看到的是:一来,《环境民事公益诉讼司法解释》只是新《环保法》第58条的细化;二来,该司法解释由最高人民法院环境资源审判庭所主导起草,而其业务范围主要局限在民事诉讼,尽管下级法院的环境资源审判大都实行民事、行政和刑事的“三审合一”甚至是“审执合一”;^[20]三来,当下民事诉讼与行政诉讼绝对二致的情形正在淡化,大量的纠纷需要将两者交织起来进行处理,^[21]尤其是在复杂性、长期性和科技性等兼具的环境案件中,不可避免地会涉及到行政许可、行政处罚等行政行为与民事行为伴生的情况。故而,当下的类型化处理方法可能更多地源于诉讼的现实性架构之考量,其深层的法理基础不稳,且与未来的趋势走向并不契合。当然,从学术研究的角度并不拒斥这种类型化,毕竟其恪守了一个标准,即被告权利(权力)的享有和行使。

(二) 环境公益诉讼的被告及其适格

所谓被告,是指被诉称侵犯原告的权益或者与原告发生权益争议,被人民法院传唤应诉的人;被告是消极地维护自己权益的人。^[22]环境公益诉讼的被告就是在环境公益诉讼中被法院传唤对原告的起诉进行应诉的人。从很大程度上说,原告与被告不可分离,两者相互需求、互相成就;其背后的支撑理论是“当事人适格”论。也即可否成为程序意义上的原告或者被告,要看在具体的诉讼中,能否作为当事人进行诉讼或者被诉,且获得本案判决的诉讼法上的权能或地位,也即获得“诉讼实施权”,^[23]从而成为“正当当事人”。^[24]

[18] 别涛主编:《环境公益诉讼》,法律出版社2007年版,第2页。

[19] 参见张忠民:《论环境公益诉讼的审判对象》,《法律科学》2015年第4期,第115-122页。

[20] 参见最高人民法院:《中国环境资源审判(白皮书)》,2016年7月。

[21] 参见张光宏、毕洪海著:《行政附带民事诉讼的理论与实践》,中国政法大学出版社2014年版,第1-25页。

[22] 参见蔡虹著:《民事诉讼法学》,北京大学出版社2010年版,第158-159页。

[23] 参见[日]中村英郎著:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第54-55页。

[24] 参见张卫平著:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第87-106页。

因为我国的环境公益诉讼是从传统的三大诉讼架构中发展出来的,依托的主要还是民事诉讼、行政诉讼的元素,并未从制度设计、规则安排等方面予以特别应对,故而被告是否适格,基本上是套用民事诉讼和行政诉讼中对被告适格的认定,此种认定在民事诉讼中相对容易一些,自然人、法人和其他组织都可能成为被告,只是有一些关于法人分支机构、合并、清算等特殊情况需要注意。^[25] 在行政诉讼中,此种认定稍微复杂一些,有三个规律需要遵循,即被告应当是机构而非个人或国家;被告应当是依法成立、具有行政主体资格的机构;原则上,对外作出行政行为的机构是被告。^[26]

详言之,在环境民事公益诉讼中,适格的被告是已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险的污染环境、破坏生态行为的实施者,包括自然人、法人和其他组织。根据行为的实施情况,自然人可能主要是个体工商户,法人主要是社团法人中的营利性企业,而其他组织则可能主要是不具有法人资格的社团、合伙^[27]或法人的分支机构、代表机构等。根据《环境民事公益诉讼司法解释》,尚不承认某个对外作出行政行为的、具有行政主体资格的机构成为被告,尽管这个机构也可能同样实施污染环境、破坏生态的行为。^[28] 在环境行政公益诉讼中,适格的被告则是生态环境和资源保护领域违法行使职权或者不作为的行政机关,以及法律、法规、规章授权的组织。根据《试点方案》,在环境行政公益诉讼中,只承认环境行政公诉,也即原告只能是检察机关,且必须满足两个要件:一是公民、法人和其他社会组织没有也无法提起诉讼的;二是必须要经过诉前程序,也即检察机关应当先行提出检察建议,若被建议机关拒不纠正违法行为或者拒不履行职责,方可提起诉讼。由此不难发现,现行立法对环境行政公益诉讼被告的适格标准要求较高。

(三)环境公益诉讼被告的地位及其意义

环境公益诉讼中被告的地位如何,可从被告的“主张”情况加以判断。诉讼中,并非原告才能“主张”,同为当事人的被告亦可针对原告的诉请等发表针对性的甚至是独立的见解;且从被告的视角看待整个诉讼,颇具价值。^[29] 当然,“主张”更具有动态的含义,意味着将这种见解表达出来,因为纠纷的出现和转型往往会经历三个时期:认定(naming)、指责(blaming)和主张(claiming)。^[30] 基于民事责任的基础地位以及程序法的相通性,此处姑且只探究环境民事公益诉讼被告的主张。概括说来,其主张主要有二:一是权利主

[25] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释[2015]5号)第50-89条。

[26] 何海波著:《行政诉讼法》,法律出版社2016年版,第204页。

[27] 即无权利能力的社团及合伙,参见江平主编:《民法学》,中国政法大学2007年版,第124-141页。

[28] 《环境民事公益诉讼司法解释》虽然没有正面规定行政机关不可成为被告,但可以通过对诸多条文的文义解释、体系解释和目的解释,判断出并不支持这种主张。比如该解释第11条规定了环保行政机关通过提供法律咨询、提交书面意见、协助调查取证等方式支持起诉的情形,第12条规定了法院受理案件后应向环保行政机关通报,第26条规定了环保行政机关的履职使得原告诉讼请求全部实现而撤诉的情形;这些都是强调环保行政机关职权的行使而非对其进行监督。

[29] See Duncan Mitchell, A Defendant's Perspective on Environmental Judicial Review and Access to Justice, 15 *Judicial Review* 252, 252-262 (2010).

[30] See William L. F. Felstiner & Richard L. Abel & Austin Sarat, The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming ..., 15 *Law & Society Review* 631, 631-654 (1980-1981).

张,二是事实主张。^[31]

首先,针对环境民事公益诉讼被告的权利主张,大概包括三个方面:一是认诺,即对原告所提出的实体性权利主张(诉讼请求)全部或部分表示承认。因为环境公益诉讼涉及到公共利益的维护,故原告若诉讼请求不当,被告在此情形下认诺,则事实上可能会损害到公共利益,必定不妥。因此,须限定认诺作出的场域,应将其局限在庭审中或由法官主持的庭前综合调处中,要求以书面陈述或记入笔录的特定形式作出,且认诺的内容须在其处分权内。二是异议,即针对原告(全部或部分)的权利主张表示反对,请求法院驳回原告的诉讼请求。诉讼实践中,被告主张原告不具备公益诉讼的原告资格,即是最具代表性的异议,因为其背后反对的是原告所依据的实体法上的权利不成立。三是抗辩,即针对原告主张的(用以论证其权利主张的)权利生成事实无争执,但提出新的事实主张,以论证原告权利主张的不正当。比如在诉讼实践中,被告主张自身的排污行为达到排放标准、还存在其他共同的侵权人、存在不可抗力等法定的减免责任事由等,都是抗辩的常见表征。

其次,针对环境民事公益诉讼被告的事实主张,大致包括两个方面:一是针对原告提出的事实主张的回应,通常有否认、不知、自认与沉默等四种态度;二是被告为支持其权利抗辩而提出的独立事实主张。^[32]在诉讼实践中,前者如针对原告的环境公益损害事实主张,被告予以否认;后者如被告列举其获得排污许可的正当性事实等等。

需要特别强调的是,在环境民事公益诉讼中,被告没有权利反诉。^[33]因为此类诉讼中,原告所代表的是普遍的环境公益,这种主张的具体表现形式(诉讼请求)可能有所不妥,但也只能采用法官的释明权等方式予以修正,^[34]而不应利用被告反诉的方式加以制衡,因为被告此时代表的是环境私益,即便是环境行政机关,在这样的场域下也只是基于维护自身权力(比如环境管理职权的怠于履行或不当履行)而做出的主张,断然不是维护环境公益(若是,则须由其作为原告提起环境民事公益诉讼)。

事实上,之所以从权利主张和事实主张两个方面强调环境公益诉讼被告的地位,是因为确定被告的地位意义重大——被告才是环境公益诉讼的根源与核心:一是,被告实施了损害或者危害环境公益的行为,才导致原告发动诉讼;二是,在案件进入到审理程序之后,重要的举证责任(加害行为与损害后果之间的因果关系等)由被告承担,次要的举证责任(损害事实等)由原告承担,被告的举证能力间接地决定了案件的未来走向;三是,在案件进入到裁判和执行阶段后,被告的责任能力直接决定了案件的最终结果,比如是服判息诉还是上诉申诉等。

[31] 当然,权利主张与事实主张往往伴生,不易区分。另外,法学作为权利之学,诸多事实皆可归结为权利;比如有论者认为,在民事诉讼的不同阶段,当事人的权利可以主要归纳为起诉权应诉权、相关资源获取权、攻击防御权、诉的撤销及和解权、申诉和异议权。参见黄娟著:《当事人民事诉讼权利研究——兼谈中国民事诉讼现代化之路径》,北京大学出版社2009年版,第113-166页。

[32] 参见闫庆霞著:《当事人民事诉讼主张研究》,法律出版社2013年版,第114-115页、第124-126页、第126-127页、第194-211页。

[33] 参见《环境民事公益诉讼司法解释》第17条。对此也有不同的观点,比如刘澜平、向亮:《环境民事公益诉讼被告反诉问题探讨》,《法律适用》2013年第11期,第63-67页。

[34] 参见《环境民事公益诉讼司法解释》第9条。

三 环境公益诉讼被告局限的直接表现： 地域、类型等

据不完全统计,新《环保法》实施一年多来,环境公益诉讼案件共计审结 54 件,其中环境民事公益诉讼案件 46 件、环境行政公益诉讼案件 8 件。^[35] 总览这些案件,被告表现出一定的局限性,可以归结为直接和间接两种表现:前者主要体现在地域、类型、身份构成和其他当事人的情况等四个方面;后者主要体现在权利主张和事实主张、举证责任分配、责任承担方式和结案情况等四个方面。

(一) 地域

表 1:54 起环境公益诉讼案件的地域分布

地域	数量	比重
贵州	13	24.07%
江苏	11	20.40%
山东	7	12.96%
福建、辽宁、广东	9(分别)	16.67%
天津、浙江、重庆、湖南、海南、湖北、河北	9(分别)	16.67%
北京、宁夏、四川	5(分别)	9.26%

如表 1 所示,自 2015 年以来,环境公益诉讼案件的发生地主要局限在贵州、江苏、山东、福建、辽宁和广东等地。其中贵州、江苏和山东位列前三甲。之所以如此,可能与如下的因素相关联:第一,贵州和江苏的环境案件司法进展情况较好,环保法庭的建设较为健全;第二,山东经济发达而环境资源禀赋却相对一般,与经济发展伴生的环境问题可能随之增多。但此种局限也同样说明其他地域的环境公益诉讼案件较为薄弱,比如,云南、海南等地的环境司法基础也相对较好,基本建成了“高级法院—中级法院—基层法院”三级的环保法庭,但案件数量甚少,迥异于贵州和江苏;再如,全国尚有十余个省份迄今尚无一例环境公益诉讼案件。事实上,司法具有一定被动性,环境公益诉讼案件“可遇不可求”,但在环境状况“局部改善、整体恶化”、环境纠纷日益增多、环境维权意识不断高涨、环保非政府组织蓬勃发展等大背景下,此类案件的数量理应不少,这种现实的局限性说明环境公益诉讼“落地之路”依然很长。

[35] 此处的统计,是笔者和中南财经政法大学环境资源法研究所硕士研究生黄剑勇、陈乾同学通过北大法宝、新闻报道、最高法院裁判文书网等平台,自行检索到的案件,故难免有所遗漏。其中得到了自然之友的无私帮助,在此一并谨致谢忱。事实上,根据最高人民法院 2016 年 7 月发布的《中国环境资源审判(白皮书)》所提供的数据,2015 年 1 月至 2016 年 6 月,全国各级法院共受理环境公益诉讼一审案件 116 件,审结 61 件;其中环境民事公益诉讼案件 104 件、环境行政公益诉讼案件 12 件。但囿于各种原因,笔者无法获取全部裁判文书和案件信息,只能以这 54 件案件作为研究对象。

(二) 类型

表 2:54 起环境公益诉讼案件的类型分布

类型	数量	比重
水污染	24	44.40%
大气污染	11	20.37%
危险废物污染(含有毒物质污染)	7	12.97%
土壤污染	6	11.11%
生态破坏	5	9.26%
固体废弃物污染	1	1.82%

如表 2 所示,环境公益诉讼案件的类型中,前三甲分别为水污染、大气污染和危险废物污染案件。且绝大多数案件为环境污染类案件,生态破坏类案件占比相对较少。与此同时,缺乏一些新型的案件,比如能源、碳排放碳交易、气候变化等。^[36]当然,案件类型的局限,一方面说明我国环境问题在污染领域内较为集中,另外一方面也同样说明司法在应对生态破坏和新型环境问题等方面欠缺经验。从法律应对的视角看,这很有可能是因为现行法律准备不足,比如,因缺乏相关的案由规定,此类案件无法被受理。以生态破坏案件为例,《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第八章规定了环境污染责任,而并没有涉及生态破坏;新《环保法》第 64 条则加上了生态破坏的内容,作为环境侵权的原因行为;《环境民事公益诉讼司法解释》则将环境污染、生态破坏并列;但在《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《环境侵权司法解释》)之中,尽管强调了适用范围包括环境污染和生态破坏,但在行文中却丝毫未提生态破坏。凡此种种,可见当下案件类型的局限更多根源于立法的不完善与态度暧昧,新型问题也亟待深入研究后予以明确。

(三) 身份构成

表 3:54 起环境公益诉讼案件中被告的身份类型

身份类型	行业性质 ^[37]	数量	比重
自然人	—	11	20.37%
企业法人	GB/T 4754 - 2011 - C 制造业	30	55.56%
	GB/T 4754 - 2011 - D 电力、热力、燃气及水生产和供应业	3	5.56%
	GB/T 4754 - 2011 - B 采矿业	2	3.70%
	GB/T 4754 - 2011 - K 房地产业/房地产开发经营、物业管理	1	1.85%
	GB/T 4754 - 2011 - H - 611 住宿和餐饮业/住宿业/旅游饭店、一般旅馆	1	1.85%

[36] 参见张忠民:《我国能源诉讼专门化问题之探究》,《环球法律评论》2014 年第 6 期,第 27 - 44 页。

[37] 此处的行业性质划分,参照了国家统计局国民经济行业分类(GB/T 4754 - 2011),<http://www.stats.gov.cn/tjsj/tjbz/hyflbz/>。本文所有网络资料最后访问时间均为 2016 年 9 月 6 日。

事业单位法人	GB/T 4754 - 2011 - P - 824 教育/高等教育/普通高等教育	1	1.85%
机关法人	——	8	14.81%
自然人、企业法人 ^[38]	GB/T 4754 - 2011 - C 制造业	2	3.70%

如表 3 所示,在环境公益诉讼案件中,被告的身份类型以企业法人为主,其中,制造业占据了“半壁江山”。此类行业成为被告的可能性之所以较大,或许源于如下原因:第一,此类行业污染较为严重,破坏环境公益的可能性较大。第二,此类行业的“体量”较大,这点不仅体现在其注册资本、年产值等方面,而且反映在其对于相关行业乃至整个社会的影响力上,故而其责任能力相对较强、承担社会责任的积极性也相对较高,将其作为被告,示范效应和承担相应责任的可能性都较大。

不过这种局限可能导致产生如下问题:首先,过于强调企业环境致害行为而漠视个人环境致害行为,不仅与环境致害的发展状况相悖,而且可能会滋生个人不守法等因素。^[39]其次,偏好大企业而相对忽视中小企业环境责任的承担,事实上并不公平。其一,《侵权责任法》第 67 条关于二人以上共同污染环境造成侵权究竟是按份责任还是连带责任,其背后的实质就是在探究大企业在其中的责任承担方式,主流民法观点强调按份责任而非连带责任,正是基于对大企业的平等保护。^[40]其二,大企业大都申领了排污许可证,其违法行为往往是有证排污,而诸多小企业尤其是家庭式作坊往往没有获得排污许可证,其违法行为通常是无证排污,故大企业的主观恶性相对较小,若片面强调大企业的环境责任,则事实上并不符合法律责任的承担机理。^[41]最后,现代社会的环境治理,理应是多方主体共同参与的多元共治,片面强调哪方主体的义务和责任皆不科学合理;特别是环境公益诉讼作为促进和监督政府执法的有效工具,理应将更多的公权力主体(机关法人)纳入到被告之列,从而构筑多元动力机制建设法治政府,^[42]然而当前的进展并不理想,正如表 3 中所列被告是机关法人的情形无一例外的是环境行政公益诉讼,而非环境民事公益诉讼。

在近一年来的环境公益诉讼案件中,单一被告和共同被告的数量分别为 38 件和 16 件,各自占比 70.37% 和 29.63%;因此,被告大都是单一的,但也有近三成被告不止一家。诚然,存在一种可能,就是原告为了胜诉的考虑,将可能承担责任的侵权主体悉数列为被告;但这也同时说明有相当比例的环境侵权行为由多方主体共同实施,当然,责任如何判

[38] 此类情况是自然人和企业法人作为共同被告出现在同一案件中。

[39] 参见刘超:《个人环境致害行为的法律规制——兼对〈中华人民共和国环境保护法〉责任制度之反思》,《法商研究》2015 年第 6 期,第 24 - 32 页。

[40] 参见王利明著:《侵权责任法研究》(下),中国人民大学出版社 2011 年版,第 477 - 482 页。

[41] 诚然,在环境侵权责任的构成要件中,因为严格责任的适用,并不考虑其主观过错。但是否承担责任不以主观过错为要件,如何承担责任则必须要考虑到主观的因素;在其他条件相同的情况下,恶性较大的理应承担更多的责任。

[42] 参见周汉华:《构筑多元动力机制,加快建设法治政府》,《法学研究》2014 年第 6 期,第 27 - 31 页。

断和分配则是另外一个问题。被告并不单一的这种“局限”对诸多问题提出了更高要求和挑战:其一,如何认定环境共同侵权,尤其是如何认定致害行为和损害后果的“共同性”;其二,如何认定环境共同侵权中的责任分担,特别是按份责任和连带责任之争;^[43]其三,环境共同侵权中责任的落实,尤其是多元主体在环境修复等公益的维护中究竟如何分工与合作去落实业已分担的责任。

与此同时,有一种现象必须引起重视,就是同一主体出现在几个诉讼中,也即民事、行政和刑事本来可以并案审查与解决,但却被分离采用不同的程序。比如在2016年1月“广东省肇庆市人民检察院对肇庆广宁县联和长汇金属制品厂麦瑞钟、麦瑞标水污染环境公益案”中,当确定被告人的刑事责任后,同一检察院又对其提起环境民事公益诉讼。在现有的诉讼架构下,这种方式并无不妥,毕竟刑事诉讼是公诉——依职权提起的公权之诉,而公益诉讼则是依授权而提起的公益之诉。但两诉的分离,消耗了更多的司法资源;事实上,不论采取何种“刑民交叉”的模式,都可以将此类问题整合解决以节省司法资源。^[44]

(四)其他当事人的情况

表 4:54 起环境公益诉讼案件中原告的情况

身份类型	具体名称	数量	比重
社会组织	中国生物多样性保护与绿色发展基金会	13	24.07%
	中华环保联合会	8	14.81%
	自然之友	7	12.96%
	贵阳公众环境教育中心	7	12.96%
	大连市环保志愿者协会	2	3.70%
	江苏省常州市环境公益协会、江苏省镇江市生态环境公益保护协会、重庆绿色志愿者联合会、福建绿色家园、湖南省湘潭市环保志愿者协会、广东省环境保护基金会、中国红树林保育联盟及绿发会	1 (分别)	1.85% (分别)
行政机关	—	0	0
检察机关	江苏省徐州市人民检察院、江苏省常州市人民检察院、广东省肇庆市人民检察院、贵州省清镇市人民检察院、贵州省黔西县人民检察院、贵州省锦屏县人民检察院、贵州省六盘水市六枝特区人民检察院、山东省庆云县人民检察院、福建省清流县人民检察院、湖北省十堰市郧阳区人民检察院	1 (分别)	1.85% (分别)

如表 4 所示,近一年来的环境公益诉讼案件,其原告大多来自于非政府组织,其中中

[43] 参见程啸著:《侵权责任法》,法律出版社 2015 年版,第 581—584 页。

[44] 参见杨贝著:《附带民事诉讼制度研究与实务》,中国政法大学出版社 2014 年版,第 129—140,183—204 页。

国生物多样性保护与绿色发展基金会、中华环保联合会占了绝对比例,相对于其他草根非政府组织,它们具有一定的官方背景,在资金募集、社会资源调取、专业人士储备等方面都具有优势,因此相对来说对被告的“威慑力”也会更大一些。此外,人民检察院作为公益诉讼原告的介入,更使得被告逐渐显出“弱势”姿态,这些都迥异于惯常的作为污染者的“强势”貌相。加之,任何组织在行为模式、规则等方面都会遵循一定的偏好,是为“路径依赖”,故而这些原告可能会在相当长的时期内把目光“锁定”在此种类型的被告之上,这又无形中加大了被告的局限性。

表 5:54 起环境公益诉讼案件中支持起诉人的情况^[45]

有无支持起诉人	具体类型	数量	比重
有	检察机关	7	12.96%
	行政机关	5	9.26%
	社会组织	4	7.41%
	企业事业单位	1	1.85%
无	——	40	74.07%

如表 5 所示,54 件环境公益诉讼案件中已有近三成的比例出现了支持起诉人,对此值得重视。支持起诉一直为我国民事诉讼所奉行,历次《民事诉讼法》版本中都有所规定。然而在现行法中,对于支持起诉的规定都过于原则,大都只是谈及支持起诉人的范围,比如现行《民事诉讼法》第 15 条、《中华人民共和国水污染防治法》第 88 条、《环境民事公益诉讼司法解释》第 11 条,但对于支持起诉人的诉讼地位、诉讼中的具体权利和义务等缺乏较为详细的规定。在上述案件的文书中,虽然提及支持起诉人,但其如何支持、支持的法律效果等皆付诸阙如。

原告的偏好、支持起诉人的侧重,都会多少影响到被告的确定、诉讼中的攻防策略甚至最终案件的胜负。因此,案件中被告以外的当事人呈现出的这些明显规律,恰恰印证了被告的局限性并且在一定程度上加剧此种局限。

四 环境公益诉讼被告局限的间接表现： 权利主张、事实主张等

(一) 权利主张和事实主张

[45] 需要说明的是,由于有的案例中存在一个以上的支持起诉人,故本表中支持起诉人数量之和为 57,大于案件数量 54;但在计算比重时,依然按照案件的数量进行,即“比重 = 数量/案件数量 * 100%”。

表 6:46 起环境民事公益诉讼案件中被告的主张情况^[46]

被告的主张	具体类型	数量	比重
权利主张	认诺	3	25.00%
	异议	5	41.67%
	抗辩	4	33.33%
事实主张	针对原告事实主张的回应	7	70%
	自己提出的独立事实主张	3	30%

如表 6 所示,在被告的权利主张中,认诺的情况并不少,达到四分之一,主要体现在调解与和解中;大多采用了异议和抗辩的做法,特别是异议。异议中,最为典型的就主张原告缺乏环境公益诉讼的起诉资格;不过有意思的是,此类异议不仅针对社会组织,对于检察院同样主张,比如 2015 年 12 月“江苏省常州市人民检察院诉许建惠、许玉仙污染环境案”。抗辩中,最具代表性的就是被告主张自己的行为属于达标排放、第三方有责任、原告方有过错等等。在被告的事实主张上,绝大多数针对原告所主张的损害事实被告都进行了回应,认为计算方法、数额认定等问题;对于被告自己提出的独立事实,大都围绕着自身的排污行为合法等问题展开。

这种情况充分说明在环境公益诉讼案件中,被告的权利主张和事实主张并不特殊,依然局限在传统的几大方面:一是针对原告起诉资格的异议;二是原告权利主张的抗辩;三是损害事实的应对性主张和独立性主张。这些局限对于案件争议焦点的归纳、审理进程的把控等有较大价值。

(二) 举证责任分配

表 7:46 起环境民事公益诉讼案件中举证责任的分配情况

当事人	举证责任	数量	比重
原告	损害事实	14	100%
	加害行为与损害后果之间的初步关联性	14	100%
被告	加害行为与损害后果之间不存在因果关系	9	64.29%
	法定的责任减免事由	0	—

如表 7 所示,在 46 件环境民事公益诉讼中,原告的举证责任履行得最为彻底,即原告就损害事实进行举证并就加害行为与损害后果之间具有初步的关联性进行说明达到了 100%,而被告积极地举证其加害行为与损害后果之间不存在因果关系的达到了六成以上,相比较若干年前举证责任倒置形同虚设的实证分析,^[47]这已经显示出极大的进步,这

[46] 需要说明的是,囿于案件资料收集的局限,部分案件无法检索到被告的主张情况,故本表只是针对已知信息所做的统计,数量和比重皆以此为准。

[47] 五年前,笔者曾针对千余份环境裁判文书做过实证分析,得出了适用举证责任倒置的仅占 49.6% 的结论。参见吕忠梅、张忠民、熊晓青:《中国环境司法现状调查——以千份环境裁判文书为样本》,《法学》2011 年第 4 期,第 82-93 页。

说明环境侵权的特殊性、环境侵权救济举证责任分配的独特性等已经深入法官和当事人的内心。但被告无一例对减免责任事由进行举证,且有大量的案件只是对原告的主张保持消极的异议或者抗辩,并不积极就因果关系进行举证。这种局限就使得被告败诉的风险大大提升。

这同样也带来了一些新问题:第一,针对生态破坏等案件,是否应采用相同的举证责任承担方式;对此理应做针对性的具体分析,在审理过程的不同节点做不同的处理,尽管《环境民事公益诉讼司法解释》笼统地将破坏者与污染者并列,但环境污染与生态破坏在致害过程、行为方式和损害形态等方面存在明显的差异。^[48] 第二,未来对于生物多样性保护、用能权、碳排放交易权、排污权交易、水权交易、绿色金融、气候变化生态破坏、排放权交易和气候变化等新型的环境资源类案件,是否可以当然地适用已“深入人心”的举证责任分配方式,也值得进一步研究。当然,在举证责任分配已达成共识的前提下,接下来的工作核心则势必转移到如何判断因果关系上。

(三) 责任承担方式

表 8:54 起环境公益诉讼案件中被告责任承担的方式^[49]

责任承担的方式		数量	比重
环境民事公益诉讼	赔偿损失	12	44.44%
	恢复原状	15	55.56%
	消除危险	8	29.63%
	赔礼道歉	2	7.41%
	第三方治理、监督等	1	3.70%
	诉讼费外的其他费用(鉴定费、律师费、咨询费等)	5	18.52%
环境行政公益诉讼	撤销、变更或确认,责令重作或采取补救措施	1	16.67%
	责令履行,确认违法或采取补救措施	5	83.33%

如表 8 所示,在环境民事公益诉讼中,被告多承担恢复原状、赔偿损失等责任方式,此外,已经开始尝试在第三方治理、修复等方面进行创新。当然,因为被告的被动性,这些责任承担方式的“偏好”源于原告诉讼请求的“偏好”以及法官对原告诉讼请求的认可程度。在环境公益诉讼中,因为公共利益的维护,法官可能会通过释明权等方式建议原告修正自己的诉讼请求以使得这些诉请符合维护环境公益之目的。因此,案件中所出现的责任方式意味着经过原告与法官的某种“合意”而对被告未来的担责作出一定限制。那么,就有必要考量被告的这种相对被动地承担责任的情况是否合理?事实上,确有值得商榷之处:第一,赔偿损失的给付对象如何确定?根据新《环保法》等规定,环境公益诉讼的原告不

[48] 参见张宝著:《环境侵权的解释论》,中国政法大学出版社 2015 年版,第 194-214 页。

[49] 需要说明的是,此处只能是统计已经审结的案件,其中环境民事公益诉讼案件 27 件、环境行政公益诉讼案件 7 件,相应的比重计算亦是如此。

得因此牟取经济利益,当然,损失的当量并未直接支付给原告,可能是通过建立基金、专项资金等方式予以赔偿,但此时的赔偿损失早已不是独立的责任方式而是其他责任方式中所必需的步骤和举措。第二,损失如何计算?任何的量化都可能会因为生态环境的复杂性和多变性而有失准确,若损失计算有误,如何调整?毕竟因为裁判具有既判力而日后又无法径行变更。第三,恢复原状如何认定?严格来说,生态环境并非种类物,不可能实现真正意义上的恢复原状,理性的做法应当是选择科学合理的时间和状态节点,对生态进行修复。当然,这些责任方式亦有不少值得肯定的地方:第一,引入第三方治理、监督等实际上就是在落实恢复原状等责任方式。第二,强调被告对合理的律师费、咨询费等诉讼费外其他费用的承担,对环境公益诉讼的提起确实可以起到很好的支持和鼓励作用。^[50]

在环境行政公益诉讼中,被告的责任承担方式局限在两大方面:责令重做或采取补救措施、责令履行。这说明针对环保行政机关不当行为的救济,无非就是违法行使职权或者不作为两种情形,而从行政诉讼判决的方式来看,这些尚未穷尽,尤其是在环保领域,可能会存在因为行政合同、行政拟作为、行政复议、行政赔偿等而出现特殊的诉讼与判决,这些情形都不应受到限制。^[51]

(四) 结案情况

表 9:54 起环境公益诉讼案件的结案情况^[52]

结案类型		数量	比重
裁判形式	调解	14	25.93%
	和解	1	1.85%
	判决	15	27.78%
	其他(未知、拟调解)	24	44.44%
裁判结果	被告胜诉(驳回原告起诉、诉请等)	0	——
	被告败诉	15	27.78%
	其他(未知)	24	44.44%

如表 9 所示,在 54 件环境公益诉讼案件中,调解结案的比率并不低,而且有不少案件拟采取调解方式结案,这大大超过了若干年前的统计数据。^[53] 这说明:第一,被告的妥协意愿和程度都有所加强,因为相对来说,原告作为攻方,达至目的的方式很多,加之并非是针对自身不可让渡的权利的维护,故一般来说接受调解的可能性较大。第二,调解所达成的合意具有较高的接受度,因为涉及环境公益,原告和被告的处分权都受到一定的限制,

[50] See Kerry D. Florio, Attorneys' Fees in Environmental Citizen Suits: Should Prevailing Defendants Recover? 27 *Boston College Environmental Affairs Law Review* 707, 707 - 740 (2000).

[51] 参见何海波著:《行政诉讼法》,法律出版社 2016 年版,第 468 - 495 页。

[52] 需要说明的是,本表的比重计算其分母是全部案件的数量 54;另外,调解和解等情形不认为是原告胜诉抑或是被告胜诉。

[53] 五年前,笔者参与分析和统计的数据是,调解的比例大致占 4.99%。参见吕忠梅、张忠民、熊晓青:《中国环境司法现状调查——以千份环境裁判文书为样本》,《法学》2011 年第 4 期,第 82 - 93 页。

需要法院对其进行审核后向社会公示。^[54] 然而,调解率较高则意味着同期的判决率较低,如此就会导致法院通过判决所确立的规则相对较少,而转而侧重纠纷的解决,^[55]但在环境公益诉讼实践的初期,特别是针对环境公共利益的处分,通过判决确立一些可操作性规则或许更具价值和意义。

从裁判的结果上看,业已审结的案件中,被告无一例胜诉的情况令人震惊。当然,因为统计的原因,原被告双方的调解、和解可能也会造成“双赢”局面;但在作出裁判的案件中,尤其是在人民检察院提起的环境行政公益诉讼案件中,检察院却无一败诉。诚然,被告的败诉意味着环境责任的承担,但若屡屡败诉是否也意味着对原告的过于偏袒?抑或在选择被告之初,就已经预判了可能性的后果,非可胜诉的情况不起诉?抛却这些,回归到制度安排上,我们在设计举证责任倒置原则的时候,已经将原告假设为处于弱势地位的受害者,但具有一定官方色彩的非政府组织、特别是拥有司法监督权的人民检察院是否也同样适用这些假设以及由此所设计的规则,值得深究。^[56] 此外,遗憾的是,因为许多案件尚在审限内,所以上诉和申诉的情况不甚明了,如此,也就无法周延地判断被告对于结案和执行的態度。

五 环境公益诉讼被告局限克服的解释论路径： 以诉讼当事人为中心

(一) 拓展原告的范围

从很大程度上说,被告范围、类型等存在一定的局限根植于原告起诉的偏好,而这个偏好又与原告自身的业务能力、资源禀赋以及法院的判断规则等密切关联。^[57] 因此,拓展原告的范围必定能在一定程度上克服被告的局限,毕竟箭多了射中对象的几率也就会随之增多、范围也会有所扩大。必须承认,这些年来立法实际上一直在推动环境公益诉讼原告资格的拓展,新《环保法》第58条在一定程度上延展和细化了《民事诉讼法》第55条,而《环境民事公益诉讼司法解释》第1至5条则是对新《环保法》第58条的进一步解释,但这种路径却遗漏了一个重要的起诉主体——行政机关,前文所列案例中缺乏环保行政机关充任原告就是很好的例证。

从解释论的角度考察,《民事诉讼法》第55条规定,“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”因此,机关可以起诉也可以被诉,被诉的情况较为简单,只要其行为损害了社会公共利益就可以成为被诉对象,而机关是否可以提起诉讼,则依赖于法律的规定,如此方才符

[54] 详见《环境民事公益诉讼司法解释》第25条:环境民事公益诉讼当事人达成调解协议或者自行达成和解协议后,人民法院应当将协议内容公告,公告期间不少于三十日。公告期满后,人民法院审查认为调解协议或者和解协议的内容不损害社会公共利益的,应当出具调解书。当事人以达成和解协议为由申请撤诉的,不予准许。调解书应当写明诉讼请求、案件的基本事实和协议内容,并应当公开。

[55] 参见苏力著:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第176-196页。

[56] 参见吕忠梅:《八问检察院试点环境公益诉讼》,http://www.h2o-china.com/news/view?id=227101。

[57] See Ann E. Carlson, Standing for the Environment, 45 *UCLA Law Review* 931, 931-1004 (1998).

合公权法定原则。比如依据《中华人民共和国海洋保护法》第90条第2款,对破坏海洋生态、海洋水产资源、海洋保护区,给国家造成重大损失的,由行使海洋环境监督管理权的部门代表国家对责任者提出损害赔偿要求;海洋行政主管部门对海洋环境履行监督管理权,它就成为当然的代表,是为权力与责任相统一原则。那么据此逻辑,根据新《环保法》第10条的规定,环境保护主管部门在本行政区域内对环境保护实施统一的监督管理,故它也是当然的代表,更是适格的诉讼主体;特别是相对于旧《环保法》,更为凸显环境保护主管部门的统一监督管理职权。^[58]当然,新《环保法》第58条之所以只是规定了社会组织,从立法进程、体系和目的等方面来看,主要是由于此前欠缺类似规定而亟需补白,而并非对于行政机关作为起诉主体的排斥。因此,各级法院在受理环境民事公益诉讼的时候,不应只局限在社会组织之上,对于履行相应环境管理职权的行政机关,尤其是环保行政机关所提起的诉讼,理应支持,诉讼的相关具体程序等可比照适用《环境民事公益诉讼司法解释》。

此外,针对现有的提起诉讼的社会组织只集中在少数几家这一情况,可以从以下两方面进行解释:一方面,众多社会组织应通过信息共享、培训宣传等诸多形式,互动交流被告的遴选情况,并且充分考虑被告的同等对待问题,不仅要盯向跨国公司、大企业,还要将目光投向国内企业、中小企业。另一方面,通过法律解释,将更多的行政机关纳入到环境民事公益诉讼的原告之列。

(二)明确支持起诉人的地位

前文已述,支持起诉人制度虽然确立已久,但其法律地位并不明确。迄今为止,最为详细的规定当属《环境民事公益诉讼司法解释》第11条,其中,支持起诉人的范围非常广,基本上囊括了除自然人以外的所有主体,包括人民检察院、负有环境保护监督管理职责的部门及其他机关、社会组织、企业事业单位;支持的方式主要包括提供法律咨询、提交书面意见、协助调查取证等;但在诉讼中所享有的权利和义务并不明晰,对此亟待修正。事实上,应明确支持起诉人既“辅助”原告又与被告平等的地位,否则可能会对被告造成有形或者无形的压力和限制。具体而言,至少应明确如下几点:第一,支持起诉人作为诉讼的当事人之一,支持起诉只是对原告的帮助,不得同时履行法律监督或其他公权职能。第二,可否成为支持起诉人,须由原告向人民法院提出申请并得到批准。第三,被告须对支持起诉的主张进行答辩。第四,支持起诉人可以委托代理人参与诉讼并就其支持的一项或者数项主张进行举证。第五,支持起诉人所提供的法律咨询、书面意见、调查取证等分列在证据的种类当中,须经过法庭的质证。第六,支持起诉人不得在同一案件中担任鉴定人、专家辅助人等。

(三)审视人民检察院试点

人民检察院试点环境公益诉讼已逾一载,然而,单从提起的案件数量上看并不多,特

[58] 新《环保法》删除了旧法中对于拥有环境管理权的众多部门的详细列举,而用“有关部门”予以替代;与此同时,新《环保法》强调环境保护主管部门的统一监督管理权。在公权法定的前提下,“有关部门”的权限享有必须依赖相应组织法等法律明确授权。故而,新《环保法》为环保部门的“强权”做了法律上的铺垫。

别是平均到13个试点地区,为数更少。截至2016年6月,试点地区检察机关共发现生态环境和资源保护领域的公益诉讼案件线索1416件,进入诉前程序809件,提起诉讼23件;其中,环境民事公益诉讼11件、环境行政公益诉讼11件、环境行政附带民事公益诉讼1件。^[59]可见,大量的案件经过诉前程序就可以解决,如此,就大可不必非要通过诉讼程序解决;而诉前程序中所包含的督促和支持、提出检察建议等又可分解到支持起诉、履职情况监督等制度当中去。一言以蔽之,贫瘠的案件无法支撑起浩大的制度构建,只要依赖既有制度即可。当然,人民检察院试点还有一年期限,在期限结束后,全面审视《试点方案》,客观总结经验,拿出充分的胆识和勇气作出理性定位弥足珍贵。事实上,若人民检察院退出试点,专司法律监督,而将提起公益诉讼原告资格交由履行相应环境管理职权的行政机关,不仅对被告更为公平,而且更能实现法律效果与社会效果的统一:一是,符合宪法对检察机关法律监督权的定位,因为提起诉讼是法律的实施而非法律的监督;二是,检察机关的“退出”可以令环境公益诉讼的原被告之间回归平衡;三是,环保机关作为履行统一监督管理职权的行政机关,由其提起诉讼符合其职能定位;四是,环保机关在专业技术储备、证据收集等方面都更具优势;^[60]五是,若环保机关等拥有起诉资格而又没有勤勉履行,其充当被告的可能性大大增加,故可以倒逼其勤勉执法。

六 环境公益诉讼被告局限克服的立法论路径: 以人民法院为中心

(一)妥善分配举证责任

《环境民事公益诉讼司法解释》、《环境侵权司法解释》等对环境公益诉讼、环境侵权中举证责任的分配已经作出较为系统的规定,大致厘清了原告和被告各自的举证责任。如果说前些年最大的问题是举证责任倒置的原则尚未被真正接受,那么这些年最大的问题则是笼统地适用举证责任倒置而不加任何区分。鉴于举证责任分配是法院有效组织和传送相关信息的途径,^[61]应从如下两个方面进行努力:

其一是认真研究生态破坏、能源、气候变化等新型侵权问题,尽管归责原则可能无法统一化,但可以在具体案件中综合考量原告与被告、经济利益与环境公益等因素而分解举证责任,^[62]毕竟举证责任如何分配,其症结终究是如何降低或减轻原告或是被告的举证难度。^[63]

[59] 参见《检察机关公益诉讼试点全面“破冰”,13个试点地区均提起公益诉讼》,http://news.xinhuanet.com/legal/2016-07/18/c_1119238622.htm。

[60] 参见吕忠梅:《环境公益诉讼辨析》,《法商研究》2008年第6期,第131-137页。

[61] See Bruce L. Hay & Kathryn E. Spier, *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*, 26 *Journal of Legal Studies* 413, 413-431 (1997).

[62] 参见张宝著:《环境侵权的解释论》,中国政法大学出版社2015年版,第45-53、210-211页。

[63] 当然,这取决于法律如何取舍和判断。对此有论者主张,针对行政机关和检察机关提起的环境公益诉讼,因为其收集证据能力较强,在举证责任分配上应与环境私益诉讼保持一致。姑且不深究该论点与现行法是否契合,但其初衷正是为了寻求被告与原告诉讼地位之平衡。参见肖建国、黄忠顺:《环境公益诉讼基本问题研究》,《法律适用》2014年第4期,第8-14页。

其二是须从原告的角度强调其举证的两个义务。第一,原告对损害事实的证明义务。在环境公益诉讼中,对于公共利益的损害往往涉及到水、土壤、大气等多种环境要素,从科学上不易量化;且现有的评估鉴定架构分散化、碎片化,加之费用高昂,导致在损害事实的证明上难度颇大。对此,须建立规范统一的损害评估制度,^[64]辅之以环境公益诉讼基金等支持,降低原告完成此项证明义务的难度。事实上,此举亦是在帮助被告,有助于全社会成本的降低,因为被告针对原告所主张的损害事实往往会提出异议或抗辩,于是需要自己完成举证,再次进行鉴定,实践中,之所以“多头鉴定”层出不穷,正是因为如此。第二,原告的初步证明义务,即要证明被告的行为与公共利益的损害之间存在一定的关联性。症结在于何为关联性?如何认定?对此必须要强调它是相关性而非因果关系。因果关系的判断通常采相当因果关系说,有两大要件——行为是损害发生的“不可欠缺的条件”以及该事件增加了损害发生的客观可能性;^[65]而相关性的判断则不必讲究这两大要件。现实中,原告要么证明损害与被告行为所致的损害具有同类性且在空间上具有一定的联系,比如损害可以在空间上到达原告;要么证明损害与被告的行为在时间上具有一定的联系,比如损害在被告行为之后且被告行为所致的损害具有一定的普遍性。如此就已完成初步的证明义务,切忌虽言“表见证明”,但却要求实质证明;或者直接要求原告出具科学证据,通过鉴定等程序证明因果关系;抑或是在多因的情况下,法官直接按比例划分举证责任和侵权责任。^[66]

(二)科学判断因果关系

因果关系的举证主要在于被告,而其判断则主要在于法官。在环境公益诉讼中,举证责任的倒置与因果关系的推定相配合,共同服务于降低原告证明难度的目的。^[67]对于原告证明难度的降低,实际上是对于被告举证范围的限制和证明难度的提高,故而被告证明责任的局限性大小在很大程度上取决于因果关系的判断情况。那么,如何推定因果关系?其一,在不采取举证责任倒置的情况下,原告进行相当的举证即可推定因果关系成立,比如美国法中“双倍可能性”的证明方法,即原告若可证明当存在污染因素后,其罹患该疾病的可能性是没有该污染因素时的两倍,则法庭可以推定污染与损害之间构成因果关系;^[68]又如部分案例中,原告须证明其所受伤害系被告行为给其造成的一种过重负担,那么因果关系即可成立。^[69]这些方法虽可借鉴,但无形中加大了原告的证明义务,除非原告愿意为之。其二,在采取举证责任倒置的情况下,被告无法证明因果关系的不存在即可推定为因果关系成立,这是目前我国的立法态度。必须承认,这种思路十分超前,因为基

[64] 参见张红振、王金南、牛坤玉等:《环境损害评估:构建中国制度框架》,《环境科学》2014年第10期,第4015-4030页。

[65] 参见陈聪富著:《因果关系与损害赔偿》,北京大学出版社2006年版,第5-13页。

[66] 类似的案件不少,参见张宝著:《环境侵权的解释论》,中国政法大学出版社2015年版,第150-157页。

[67] 参见侯佳儒:《中国环境侵权责任法基本问题研究》,北京大学出版社2014年版,第121-129页。

[68] See ALI, *Restatement of the Law Torts: Liability for Physical Harm: Proposed Final Draft No. 1 (April 6, 2005)*, Executive Office, American Law Institute, 2005. § 28, Cuit. C. 转引自王利明著:《侵权责任法研究》(下),中国人民大学出版社2011年版,第463页。

[69] See *SPRIG v. Tenneco Polymers*, 602 F. Supp. 1394 (1984).

本上原告对因果关系不负证明义务,而全部将其交由被告,是为举证之所在、败诉之所在。就连广受赞誉的日本司法实践中总结出来的因果关系盖然性说和间接反证说,实际上也都强调原告仍负一定的举证义务,前者认为当因果关系存在的可能性大于因果关系不存在的可能性就可推断出因果关系存在,后者则由原告主张若干个间接事实,当它们可以通过经验法则推定因果关系存在而被告又无法予以反驳即反证出因果关系的成立。^[70] 由此可见,我国法在因果关系的认定上对于被告的局限不少。在这种情况下,为了公平起见,至少在庭审规则的设计上,应由被告先陈述和举证,然后由原告进行反驳,因为在环境公益诉讼案件中,原被告双方早已不再是此前的攻防地位;如果坚持传统诉讼中先原告、后被告的思路,被告既要守还要攻,负担相对太重。

(三) 创新责任承担方式

在责任的承担方式上,环境民事公益诉讼应在强调传统的恢复原状、赔偿损失和消除危险等责任形式的基础上,加大对赔礼道歉和第三方治理等新型责任方式的采用力度。一来,赔礼道歉这一责任意味着肯定环境公益所保护的公民环境权的人身权属性,这也为日后公民环境权的直接法定化埋下伏笔;二来,第三方治理等方式才可将恢复原状等责任落实,从而完成生态修复的任务。前已述及,赔偿损失与恢复原状常伴生使用,目的是利用损失的赔付而修复生态,但两者又不宜合并使用,不仅仅是因为修复资金的来源、用途等复杂的问题,此种情况下,规定生态修复作为独立的法律责任,十分必要。当然,在正式的法律没有修改和确立之前,通过原告诉讼请求的规范和妥帖表达,亦可解决这个问题。此外,应通过具体的制度性设计鼓励和支持被告在败诉的情况下承担相应的律师费用、鉴定费、咨询费用等非诉讼费用,但须与环境公益诉讼资金相配套,明确何种情况下支付、支付方式和分摊比例等具体问题,避免重复支付以及被告责任承担畸重的情形发生。在环境行政诉讼中,要通过受理和加大行政诉讼履行判决、行政诉讼给付判决、行政附带民事诉讼判决和行政赔偿判决等新型裁判形式的比重,^[71] 提升被告责任承担方式的可能性与多元化。

在很大程度上,被告是环境公益诉讼的症结所在,然而,新法实施一年来的案件表明,被告在地域、类型、身份、其他当事人、权利主张和事实主张、举证责任分配、责任承担方式和结案情况等方面都存在或多或少的局限性。对此,须引起高度重视,因为在环境公益诉讼中,尽管原告与被告在身份类型、资源调取、行为偏好等方面存在诸多差异,但两者的诉讼地位始终平等。特别是要摒弃先入为主地认为“原告弱势、被告强势”的观点,从而导致在起诉主体的界定、举证责任的分配、责任方式的承担等诸多方面过于偏袒原告,而令环境公益诉讼成为原告“一个人的狂欢”。克服这种局限,一方面要针对诉讼当事人而为,另外一方面要针对法院而作。前者主要遵循解释论的路径,通过对现有法律的解释,拓展原告的范围、明确支持起诉人的地位、并审视人民检察院的试点;后者则主要遵循立法论的路径,通过对庭审规则的制定、司法解释再解释等方法,妥善分配举证责任、科学判

[70] 参见汪劲著:《环境法学》,北京大学出版社2006年版,第574-577页。

[71] 参见章剑生著:《行政诉讼判决研究》,浙江大学出版社2010年版,第242-346、603-639、684-740页。

断因果关系和创新责任承担方式。总之,环境公益诉讼被告的局限不仅仅来自于自身更来自于周遭,克服其局限不仅须从自身开始,将行政机关等更多主体囊括其中,更须从周遭因素发力,系统修正原告认定、诉讼规则等,使其相匹配。

[本文为国家社科基金青年项目“生态文明与能源法创新研究”(13CFX100)的研究成果。]

[**Abstract**] Public interest litigation has always been the focus of theoretical research and practice all around the world. To a large extent, the crux of the problem with public interest litigation in the US and China is always the defendant, rather than the plaintiff and its standing. The key issue in environmental public interest litigation in China is who should be the defendant, because it is usually the defendant's behavior that causes the lawsuit, and it is the defendant's capacity for producing evidence and bearing liability that determines the direction and the final result of the trial of a case. Through the examination of the relevant cases dealt with by Chinese courts since the enforcement of the Environment Protection Law and other new laws, it is easy to find out the limitations of the defendant in public interest litigation, which are directly embodied in such aspects of a case as region, type, composition of identity and other parties involved, and indirectly embodied in such aspects of a case as the claims for right or fact, distribution of the burden of proof, method of bearing liability and conclusion of cases. To overcome these limitations, it is necessary to integrate the interpretative approach with the legislative approach. The former takes parties to litigation as its center and expanding the scope of plaintiff, defining the status of the prosecution-supporting party and examining the pilot programs of procuratorates as its main content, whereas the latter takes proper allocation of burden of proof, scientific determination of the causation, and innovation of liability-bearing methods as its main content.

(责任编辑:姚 佳)